

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A GESTERNOVA S.A. POR PRESUNTA MANIPULACION DEL MERCADO INTRADIARIO CONTINUO DURANTE LOS MESES DE OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 2022

(SNC/DE/019/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 3 de octubre de 2024

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Informe de OMIE de 30 de diciembre de 2022

Con fecha 30 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el Registro electrónico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el “*Informe especial por la recepción de envíos masivos de ofertas en el mercado intradiario continuo*” de 30 de diciembre de 2022 elaborado por el Operador del Mercado-OMI, Polo Español, S.A. (en adelante Informe OMIE).

En el ámbito de la función de supervisión del mercado mayorista de la energía por parte de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) y de los reguladores nacionales, el artículo 15 del Reglamento (UE) n° 1227/2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (REMIT), establece la obligación de las personas que gestionan operaciones a título profesional, con productos energéticos al por mayor, de comunicar con la mayor brevedad posible a la autoridad reguladora nacional si sospechan razonablemente de que una operación puede constituir una infracción de los artículos 3 (prohibición de operaciones con información privilegiada) o 5 (prohibición de manipulación del mercado) de REMIT.

De conformidad con el referido artículo 15 de REMIT, a través del mencionado “Informe especial por la recepción de envíos masivos de ofertas en el mercado intradiario continuo” OMIE informó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que el agente GESTERNOVA S.A. ¹, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2022, había insertado un elevado número de envíos de nuevas ofertas antes de la apertura de la negociación en el intradiario continuo de los contratos para el día siguiente (que se produce a las 15:10:00), que eran inválidas y que tenían como único objetivo acaparar la cola de procesamiento de ofertas² para ser los primeros en tener una oferta válida en los contratos del día siguiente (en adelante D+1). De acuerdo con las reglas del mercado vigentes en ese momento “Las ofertas hibernadas serán reactivadas por orden de llegada a la Plataforma de Negociación del Operador del Mercado” (Regla 46.2.7)³. Por ello, la competencia entre los agentes se producía en el entorno de las 15:10:00 hasta el 3 de marzo de 2023, puesto que el objetivo era tener preferencia en la reactivación de las ofertas tras la celebración de la 3ª sesión de la subasta del mercado intradiario (cierre de la sesión a las 21:50) para su ejecución con ofertas de compra del producto D+1 (a las 22:00). Concretamente, con esta actuación de acaparamiento de la cola de procesamiento de las ofertas, el agente buscaría posicionarse el primero en el orden de entrada para ejecutar sus ofertas de venta agrediendo órdenes de compra externas al mercado ibérico, en tanto que las ofertas se reactivaban en función del orden de llegada a la plataforma de negociación de OMIE denominada LTS (*Local Trading Solution*) y, por tanto, de validación de éstas⁴. Estas ofertas de compra están relacionadas con la aparición de nueva capacidad

¹ Código de agente de GESTERNOVA S.A. en el mercado: GESTE.

² De acuerdo con las reglas en vigor en ese momento, esto es, las correspondientes a la Resolución de 9 de mayo de 2018, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica. Así en la regla 46.2.2 “Validación de ofertas” se establecía que: “*Toda oferta recibida en la Plataforma de Negociación del Operador de Mercado, y de forma previa a su envío e incorporación en el Libro de Ofertas, estará sujeta a un proceso de validación, existiendo condiciones de aceptación de la oferta (...)*”.

³ De acuerdo con la Regla 46.2.7 “Hibernación de ofertas en el mercado intradiario continuo”: “*(...) En caso de que el agente solicite la reactivación de sus ofertas en una sola acción, se seguirán los siguientes criterios:*

– *Las ofertas hibernadas serán reactivadas por orden de llegada a la Plataforma de Negociación del Operador del Mercado, comenzando por las primeras ofertas recibidas (...)*”.

⁴ Las ofertas al sistema se introducen a través del LTS y una vez validadas se incorporan al libro de órdenes y se muestran, en el LTS, con un número máximo de 100 ofertas, actualizándose el libro de órdenes en tiempo real con cualquier evento relevante (envío/modificación/anulación de una oferta, creación de una transacción, cambio del estado de las capacidades de la interconexión, etc.).

de exportación a Francia en el mercado intradiario continuo (en el entorno de las 22:00), que permite la realización de transacciones de exportación (venta) a través de la interconexión con Francia a precios muy elevados en comparación con los negociados en la zona ibérica⁵.

Tal y como señala OMIE en su informe, la aparición de nueva capacidad de exportación a Francia en el mercado intradiario continuo (en adelante MIC) era un hecho frecuente en el periodo objeto de análisis de esta investigación, generándose competencia entre los agentes por ejecutar transacciones de venta, a precios superiores a los del mercado diario, de contratos para el día siguiente a través de la interconexión con Francia. En particular, en el Informe OMIE se señala que *“La competencia entre algunos de los agentes, que se centra en estar los primeros en el orden de entrada y ser por tanto los primeros en casar agrediendo esas órdenes de compra externas al mercado ibérico con órdenes de venta del sistema ibérico, ha provocado la recepción de un elevado número de órdenes, que además se concentran en la apertura de los contratos para el día siguiente (15:10:00), [...]”*.

Debido al elevado incremento de actividad en la plataforma de negociación (LTS), y al objeto de preservar la integridad de ésta⁶ para evitar un retraso en los tiempos de respuesta en el procesamiento de las ofertas de todos los agentes, desde OMIE se publicó la Instrucción 1/2022 sobre *“Monitorización y Control en los intercambios de información vía API⁷ con OMIE”*, de 4 de abril de 2022 (en adelante, Instrucción 1/2022), en la que se establecen medidas de vigilancia y control, con el objetivo de garantizar que los aplicativos⁸ de los agentes respetan los términos de uso sin crear anomalías en las condiciones de negociación⁹. Así, en el preámbulo de dicha instrucción OMIE recoge lo siguiente:

“[...] en los últimos tiempos, sobre todo con la llegada del Mercado Continuo (MC), se ha venido observando un incremento de las operaciones y accesos masivos por parte de estos aplicativos propios de los agentes, lo que conlleva

⁵ El spread (o diferencial) de precios entre ambos países se amplió desde la entrada en vigor del mecanismo de ajuste regulado en el Real Decreto-ley 10/2022, el 13 de mayo.

⁶ De acuerdo con la regla 58 del Anexo I de la Resolución de 9 de mayo de 2018, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica (en vigor hasta el 3 de marzo de 2023).

⁷ Interface de mensajes normalizados.

⁸ Aplicaciones desarrolladas por los agentes para su acceso a las plataformas del mercado.

⁹ El objetivo es velar *“por el buen funcionamiento de sus aplicaciones, manteniendo el número de accesos y de operaciones en una cuantía razonable y evitando la realización de acciones masivas repetitivas que impacten innecesariamente en el rendimiento de las plataformas”*.

un elevado volumen de datos transmitidos y procesados. Este alto volumen podría llegar a causar efectos perniciosos en el futuro, tales como la ralentización del sistema y el retardo de las operaciones, viéndose afectados todos los agentes del mercado, aunque estos no sean los responsables de dichos accesos y operaciones masivas.

A fin de evitar estos potenciales efectos perniciosos, es fundamental que los agentes cumplan con un uso racional y adecuado de las plataformas de OMIE, velando por el buen funcionamiento de sus aplicaciones, manteniendo el número de accesos y de operaciones en una cuantía razonable y evitando la realización de acciones masivas repetitivas que impacten innecesariamente en el rendimiento de las plataformas”.

La Instrucción 1/2022 establece medidas de vigilancia y control, indicándose que OMIE implantará una serie de aplicaciones, procedimientos y mecanismos orientados a evitar comportamientos abusivos que vulneren la integridad del sistema de negociación. En este sentido, a partir del 10 de octubre de 2022 se establece un tiempo mínimo de 8 segundos entre los mensajes de envío de ofertas de un mismo agente; en caso de no respetarse este límite temporal entre cada mensaje, el mensaje de ofertas insertado por debajo de ese límite temporal será íntegramente anulado (con todas las ofertas en él contenidas). Asimismo, si antes del periodo de apertura de los contratos para el día siguiente (15:10:00) se incluyera en un mensaje de envío alguna oferta para el día siguiente, se anula íntegramente el mensaje con todas sus ofertas. Adicionalmente, se establecen una ratio de órdenes frente a transacciones por unidad ofertante y contrato (RUC)¹⁰ y una ratio de ordenes frente a transacciones por agente y día negociado (RAD)¹¹, que tienen por objeto evitar el acaparamiento de la oferta o de la demanda.

De acuerdo con el Informe OMIE:

- *“En aplicación de la instrucción citada, desde el once de octubre se establece un tiempo mínimo entre los envíos. Desde la aplicación de esta limitación se reciben envíos masivos de ofertas sin intención de entrar en el sistema, ya que se procesan como inválidos al no cumplir el tiempo mínimo establecido entre los envíos. Estos envíos masivos inválidos, tienen el objetivo de acaparar la cola de procesamiento hasta la apertura de la negociación de los productos para el día siguiente, momento en el*

¹⁰ RUC: proporción entre número total de órdenes enviadas por una unidad ofertante a la plataforma del MC y el número total de órdenes que son casadas (una o varias transacciones) por contrato.

¹¹ RAD: proporción entre número total de órdenes enviadas a la plataforma del MC por un agente y el número total de órdenes que son casadas (una o varias transacciones) para el conjunto de todos los contratos de un mismo día negociado.

que entra como válida una de las ofertas presentadas, siendo esta la primera en entrar al sistema para casar contra las ofertas externas al mercado ibérico capturando los altos precios a través de la interconexión.

- *Esta situación se agravó en diciembre de 2022, donde los envíos crecieron significativamente, alcanzándose más de 20.000 envíos de órdenes en 5 minutos, de los cuales solo uno fue finalmente válido. Cada envío tiene habitualmente las mismas 24 órdenes de venta, una para cada contrato del día siguiente.*

Dado que, de acuerdo con las reglas del mercado que estuvieron vigentes hasta el 3 de marzo de 2023, la reactivación de las ofertas, tras su hibernación para la celebración de la correspondiente subasta del intradiario, se realizaba por orden de precedencia de recepción de la oferta en el LTS y validación de esta, la competencia entre los agentes por ser los primeros en incorporar sus ofertas al libro de órdenes para el producto D+1 se producía en el entorno de las 15:10:00. Por ello, se ha analizado como ventana crítica de competencia, en esta investigación, la negociación comprendida entre las 15:08:00 y las 15:13:00.

Debido al cambio que se introdujo desde 10 de octubre de 2022, de acuerdo con la Instrucción 1/2022, en el periodo analizado cabe diferenciar entre dos momentos temporales:

- Entre el 30 de septiembre y el 9 de octubre de 2022: periodo en el que, de acuerdo con el procedimiento de validación, se analizaban todas y cada una de las ofertas contenidas en un mensaje de envío de ofertas al LTS.
- A partir del 10 de octubre y hasta el 30 de diciembre de 2022¹²: periodo en el que se rechaza todo el mensaje, sin procesar las ofertas en él contenidas, si el envío de dicho mensaje incumple el tiempo mínimo establecido entre envíos o si se introduce para un producto que no está abierto a negociación.

En cuanto al comportamiento de mercado del agente, puesto que el objetivo era ejecutar transacciones para la exportación de electricidad (venta) a través de la interconexión con Francia, se realizó una operativa que estaba orientada a tratar de posicionar sus ofertas de venta para el producto D+1 las primeras en el libro de órdenes. Para ello, GESTERNOVA desarrolló una estrategia orientada a conseguir que sus ofertas de venta para el D+1¹³ fueran validadas por OMIE

¹² Fecha de negociación del producto D+1 con entrega el 31 de diciembre de 2022.

¹³ Asimismo, realiza puntualmente (en 14 días del periodo analizado) ofertas de compra para alguna hora del producto D+1, con la misma estrategia que la descrita, que también contribuyen a ese acaparamiento de la cola de procesamiento en los mismos días para los que está ofertando venta para el producto D+1.

antes que las insertadas por otros agentes del mercado. De acuerdo con el informe de OMIE, GESTERNOVA realizó envíos, aun cuando sabía que serían invalidados al no cumplir el tiempo mínimo establecido entre los envíos y/o por contener contratos para el día siguiente con antelación a la apertura de envíos para dichos contratos (15:10:00). Estos envíos masivos inválidos tenían el objetivo de acaparar la cola de procesamiento hasta la apertura de la negociación de los productos para el día siguiente, evitando así el procesamiento de ofertas de sus competidores de modo que, en el momento de apertura de la negociación, entrara como válida una de las ofertas (de venta) presentadas por GESTERNOVA, siendo esta la primera en entrar al sistema para casar contra las ofertas (de compra) externas al mercado ibérico, capturando así los altos precios de compra a través de la interconexión.

De acuerdo con lo establecido en la Instrucción (1/2022) de OMIE, en diciembre de 2022 se inhabilitó el uso del aplicativo utilizado por GESTERNOVA para el envío de ofertas, por acceso abusivo a la plataforma de negociación del mercado intradiario continuo. La inhabilitación del uso del aplicativo tuvo efecto desde el 16 de diciembre de 2022.

SEGUNDO.– Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador

Con fecha de 20 de abril de 2023, la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante «Estatuto de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador frente a GESTERNOVA S.A., como persona jurídica responsable de la presunta infracción que se especifica a continuación.

Los hechos que motivan la incoación del procedimiento radican en la conducta consistente en el envío masivo de órdenes para negociar durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2022, antes de la apertura de la negociación en el intradiario continuo de los contratos para el día siguiente (15:10:00) con el objetivo de acaparar la cola de procesamiento de ofertas para ser los primeros en tener una oferta válida cuando se ejecutan los contratos del día siguiente, según queda detallado en el apartado anterior.

La inserción de una gran cantidad de órdenes para negociar y/o cancelaciones y/o actualizaciones de órdenes para negociar, creando incertidumbre para otros participantes, ralentizando su proceso, y/o para camuflar la propia estrategia, está identificada como una práctica de manipulación de mercado (“*Quote stuffing*”¹⁴).

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave prevista en el artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, «Ley 24/2013»).

El Acuerdo de incoación se notificó por medios electrónicos con puesta a disposición de GESTERNOVA el día 21 de abril de 2023, y acceso a la notificación por dicha sociedad en la misma fecha.

TERCERO.- Alegaciones de GESTERNOVA

Con fecha de 9 de mayo de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de GESTERNOVA sobre el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador.

En cuanto a los hechos objeto de incoación, acaecidos dentro del periodo o etapa de ofertas al que se refiere GESTERNOVA, que va desde octubre de 2022 y amplía en su alegación hasta febrero de 2023, señala lo siguiente:

- En la etapa desde octubre de 2022 hasta febrero de 2023, se acrecentó el interés de GESTERNOVA por aprovechar la ventaja del desacople de los mercados y el diferencial en el precio (que había comenzado en menor medida desde julio y agosto de 2022), lo que a su juicio hizo que surgieran determinados operadores que rompieron con el *statu quo* existente hasta el momento, produciéndose una saturación en el procesado de ofertas recibidas por parte del Operador de Mercado. En esta fase, que es a la que se refiere el Acuerdo de incoación, señala que la actuación de GESTERNOVA no difirió de la desplegada hasta ese momento, y la mayor concurrencia de competidores exigía que tuviera que intentar ser más eficientes aún en el uso de las herramientas informáticas, dando el salto

¹⁴ Apartado 6.3.2 i) del documento “ACER Guidance on the application of Regulation (EU) N° 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency. 6th Edition. 22 July”: “**Quote stuffing**”: entering a large number of orders to trade and/or cancellations and/or updates to orders to trade so as to create uncertainty for other participants, slowing down their process, and/or to camouflage one’s own strategy;”.

al uso de un aplicativo propio habilitado por OMIE desde mediados del año 2021.

- En este periodo disminuyeron considerablemente sus ofertas casadas en el mercado continuo o no lo hizo como antes. A pesar de que el problema de saturación en la plataforma es anterior al mes de octubre de 2022, el acuerdo de incoación se refiere a los hechos acaecidos desde ese mes, y a su juicio ello es debido a la operativa de varios agentes de intentar aprovechar el mayor precio de la interconexión y la realización de ofertas masivas que sí suponían un encolamiento efectivo de la plataforma de negociación al enviarse ofertas del día en curso (D) sin la intención manifiesta de ser casada por estos operadores. Esta actuación de terceros no puede condicionar o predeterminar la calificación de la conducta de GESTERNOVA, que había sido la misma que ha venido manteniendo desde que advirtió el diferencial de precios.
- Señala que durante noviembre de 2022 se produjeron otra serie de hitos de relevancia que incidieron en su operativa:
 - o El 14 de noviembre, OMIE informó a todos los agentes que iba a implementar un tiempo de espera mínimo de 80 milisegundos, pero solo para "modificar" las ofertas en la plataforma.
 - o El 17 de noviembre, GESTERNOVA optó por habilitar un nuevo aplicativo propio para tener mejor control de los desarrollos y mejoras a implementar, y continuó aprovechando la cola que generaban otros agentes para concentrar sus envíos de ofertas, con la intención de ser insertadas y casadas, y tener opciones dentro del mercado, pero no se superaron en este momento las pruebas de habilitación de este aplicativo.
 - o El 5 de enero de 2023 logró finalmente la habilitación de un nuevo aplicativo para operar en el mercado intradiario continuo, tras la deshabilitación de uno previo, y siguió informando a OMIE de las deficiencias en el procesamiento de las ofertas recibidas y de la ventaja competitiva que suponía manejar varios agentes para lanzar ofertas masivas sobre los contratos del día en curso, y no sobre los del día D+1 susceptibles a ser casados en caso de aflorar capacidad en la interconexión y bloquear sus servidores generando colas de procesamiento.
- Entiende que ha quedado patente que, a pesar de las medidas que ha tomado OMIE en cuanto a retardos, que esa no era una medida efectiva puesto que solo aplicaba a un agente, de forma que si se gestionaban

varios agentes se podrían seguir haciendo envíos masivos al poder concatenar envíos de ofertas de diferentes agentes en bucle.

- En definitiva, de lo anterior concluye que ha aplicado con normalidad las reglas de mercado vigentes en cada momento y ha aprovechado legítimamente una diferencia de los precios entre Francia y España. En consecuencia, el envío de varias ofertas de GESTERNOVA no era artificial, porque, en realidad, las ofertas enviadas repetidamente en intervalos cortos de tiempo eran las ofertas con intención de ser insertadas en el mercado y que fueran casadas en el instante de acoplamiento de precios con las ofertas de Francia.
- A su juicio, la forma de ofertar era válida, la posibilidad de aprovechar el coste de oportunidad sería un actuación eficiente y natural de un operador en un mercado y, ninguna de dichas actividades tuvo un impacto en la determinación del precio de la energía. A su juicio, la regulación permitía a GESTERNOVA realizar ofertas por el precio y de la forma que las hizo: las reglas de mercado aplicables en el periodo temporal imputado a GESTERNOVA fueron a su juicio respetadas. Para resolver ese problema de saturación en la recepción de las ofertas en el entorno de las 15:10:00, se han reformado las reglas de mercado sustituyendo el criterio de prelación temporal por el de oferta económicamente más ventajosa. Esta circunstancia pone de manifiesto, a juicio de GESTERNOVA, que su actuación, hasta el cambio de las reglas de mercado, se ajustaba a las que estaban vigentes en el momento de la actuación.

Por otro lado, y sin perjuicio de una nueva referencia en el apartado de Fundamentos Jurídicos de la presente Resolución a los efectos de su concreta y adecuada valoración, el resto de las alegaciones realizadas por GESTERNOVA se resumen a continuación.

- Entiende que se ha aprovechado legítimamente de un diferencial de precios en el sistema de interconexión en los momentos que ha aflorado capacidad, pero ha realizado esta conducta con estricta sujeción a Derecho, siendo su intención la de casar sus órdenes de oferta con aquellos demandantes que pagasen su precio, buscando de forma óptima ser competitivo en el mercado, y manteniendo en todo momento total transparencia y buen hacer en su operativa.
- Considera que siempre actuó en constante colaboración y con un intenso compromiso con el operador de mercado, mostrando su intención de coadyuvar a implementar mejoras y novedades que facilitarían un mejor y

más correcto funcionamiento del mercado y ante cualquier incidencia que pudiera surgir en cuanto a su operativa como agente de mercado.

- En cuanto a los efectos de su actuación en el mercado, señala la ausencia de perjuicios al mercado ni a los competidores, y que en ningún caso se ha alterado el precio de la energía de los consumidores franceses y españoles. Por ello, a su juicio la actuación de GESTERNOVA ha tenido un "efecto neutro" para el resto de los actores del mercado.
- Considera que el Acuerdo de incoación vulnera los principios que rigen la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas: la vulneración del principio de legalidad al no aparecer definida ni regulada legalmente la conducta imputada ("*quote stuffing*"); la falta de concurrencia de los elementos necesarios del tipo (infracción por manipulación de mercado) al amparo del principio de tipicidad; la ausencia de antijuridicidad de la conducta por no ser contraria al ordenamiento jurídico y haber actuado GESTERNOVA con estricta sujeción a las reglas del mercado; la ausencia de responsabilidad y culpabilidad en su conducta y finalmente, la necesaria proporcionalidad de las actuaciones en el presente procedimiento y del régimen sancionador en este caso.

En atención a todo lo anterior, solicita que se proceda a acordar el archivo de las actuaciones seguidas en el marco del procedimiento incoado sin que se llegue a imponer sanción alguna. Y subsidiariamente, de no acordarse la petición anterior, que se califique la infracción imputada como leve y, en todo caso, que se imponga la sanción en su grado mínimo.

CUARTO. Requerimiento de información a OMIE

Con fecha de 4 de abril de 2024, en virtud de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «Ley 39/2015»), se cursó requerimiento de información a OMIE, una vez presentadas alegaciones por GESTERNOVA, y a fin de disponer de toda la información necesaria para la elaboración de la correspondiente propuesta de resolución del expediente administrativo.

Tras haber solicitado ampliación de plazo y haber sido concedida, con fecha de 24 de abril de 2024 tiene entrada escrito de OMIE en respuesta al acto de instrucción de la CNMC en los términos que constan en el expediente administrativo.

QUINTO.- Depósito de cuentas

Mediante Diligencia de 10 de julio de 2024 se procedió a incorporar las cuentas de GESTERNOVA del ejercicio 2022, últimas depositadas mediante certificación del Registro Mercantil de Madrid.

En la misma se pone de manifiesto que la cifra de negocios del ejercicio 2022 fue de 710.049.323 euros, siendo, por tanto, el 10% de la indicada cifra la cantidad de 71.004.932,30 euros.

SEXTO.- Incorporación de documentación

Mediante Diligencia de 12 de julio de 2024 se procedió a incorporar la siguiente documentación:

- Correos intercambiados entre GESTERNOVA y OMIE.
- Correos intercambiados entre otros agentes y OMIE, depurados de los elementos confidenciales relativos al secreto empresarial.

SÉPTIMO. Informe de la Subdirección de Mercados Derivados de la CNMC

Mediante Diligencia de 17 de julio de 2024 se incorpora al expediente informe de la Subdirección de Mercados Derivados de la CNMC en relación con las alegaciones presentadas en el procedimiento (en adelante, Informe SMD).

El citado informe, tras analizar la conducta realizada por el agente GESTERNOVA concluye con la existencia de los Hechos Probados que se identifican seguidamente, en coincidencia con lo indicado en la Propuesta de resolución.

OCTAVO. Propuesta de resolución.

El 17 de julio de 2024 la Directora de Energía de la CNMC procedió a aprobar la propuesta de resolución del procedimiento sancionador. Se propuso, en concreto, lo siguiente:

“ACUERDA

Proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. - Declarar que la sociedad GESTERNOVA, S.A., es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como

consecuencia de su comportamiento reflejado en los hechos probados de esta propuesta.

SEGUNDO. - Imponer a la sociedad GESTERNOVA, S.A., una sanción consistente en el pago de una multa de 6.000.000 euros por la comisión de la citada infracción grave.”

Esta propuesta fue notificada a GESTERNOVA, que accedió a la misma el 18 de julio de 2024.

NOVENO-Alegaciones de GESTERNOVA a la propuesta de resolución.

El 31 de julio de 2024 GESTERNOVA ha presentado en el registro de la CNMC un escrito solicitando “la remisión del expediente administrativo en su integridad, incluyendo a estos efectos las comunicaciones internas entre órganos de la CNMC y, en consecuencia, se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dictarse la Propuesta de Resolución para otorgar la posibilidad de contradecir los datos comunicados del expediente administrativo”.

Por escrito de 1 de agosto de 2013, la Directora de Energía ha contestado la solicitud de GESTERNOVA, indicando lo siguiente:

“1. Sobre la remisión en su integridad del expediente administrativo, se indica a GESTERNOVA, S.A. que el mismo ha sido puesto a su disposición junto con el oficio de notificación de la propuesta de Resolución de fecha 17 de julio de 2024, según consta acreditado en el procedimiento y resulta del correspondiente índice de documentos que forman parte del mismo (folios 1 a 319).

2. Respecto de las comunicaciones internas que hayan existido entre los distintos órganos de la CNMC, cuya inclusión se solicita como parte del expediente, se indica que conforme a lo establecido en el artículo 70.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015), no formarán parte del expediente administrativo las comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, no tratándose de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento. En este sentido, se indica que forma parte del expediente el Informe de la Subdirección de Mercados Derivados de la CNMC de fecha 17 de julio de 2024 sobre las alegaciones presentadas por GESTERNOVA, S.A. al expediente SNC/DE/019/23, folios 295 a 318.

3. Sobre la necesidad de retrotraer el procedimiento administrativo al momento anterior a la propuesta de Resolución, con el fin de posibilitar la contradicción con el informe de OMIE, con el Informe de la Subdirección de Mercados Derivados de la CNMC y con las demás pruebas que puedan haber sido recabadas en el procedimiento, el artículo 89.2 de la Ley 39/2015 establece que, en el caso de procedimientos de carácter sancionador, una vez concluida la

instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de Resolución que deberá ser notificada a los interesados, debiendo indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes. En su cumplimiento, tanto la propuesta de Resolución como el correspondiente oficio de notificación indican la puesta de manifiesto del procedimiento a fin de que, en un plazo de diez días, GESTERNOVA, S.A. pueda formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes.”

El 2 de agosto de 2024 GESTERNOVA ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución.

DÉCIMO. Elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Mediante escrito de 2 de septiembre de 2024 la Directora de Energía de la CNMC ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. Entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2022¹⁵, GESTERNOVA desarrolló una operativa consistente en bombardear la cola de procesamiento con múltiples ofertas repetidas o duplicadas al mercado intradiario continuo -MIC-(con el mismo precio y volumen para una misma hora del producto D+1), de las que tan solo un número reducido fue validado por el sistema (el 2,2% de las ofertas).

SEGUNDO. El 97,8% de las ofertas insertadas en ese periodo por GESTERNOVA fueron rechazadas durante el proceso de validación, bien por haberse insertado antes de la apertura a negociación del contrato D+1 (a las 15:10:00) o bien por incumplir los parámetros técnicos de potencia máxima o mínima (véase el Cuadro 2 del Informe SMD, folio 309 del expediente). Por ello, cuando el agente insertaba sus ofertas en el sistema era consciente de que solo un número reducido de ellas tenían realmente opciones de ser validadas por el sistema (que serían sus ofertas de venta genuinas o con intencionalidad de ejecución), mientras que el resto de las ofertas tendrían nula probabilidad de ejecución, ya que serían rechazadas por el sistema, de acuerdo con las reglas del mercado.

¹⁵ Para los productos con entrega entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022.

TERCERO. En consecuencia, GESTERNOVA realizó ofertas no genuinas (que proporcionan una señal falsa sobre su intención real de venta) con la finalidad de acaparar la cola de procesamiento de ofertas, impidiendo que las órdenes de otros agentes se situaran antes que las suyas o se intercalaran entre las suyas y, de este modo, GESTERNOVA pudiera obtener una posición ventajosa sobre la oferta (venta) del producto D+1. La estrategia de bombardeo de ofertas al LTS permitió a GESTERNOVA que el 21,6% de las ofertas que le fueron validadas a partir de las 15:10:00 para el producto D+1 se posicionaran las primeras en el libro de ofertas del MIC (véase Gráfico 5 del informe SMD, folio 312) obteniendo una posición ventajosa sobre el resto de sus competidores para la ejecución de transacciones sobre el producto D+1.

CUARTO. El acaparamiento de la cola de procesamiento de las ofertas produjo incertidumbre sobre el resto de los agentes que estaban remitiendo a la plataforma sus envíos de ofertas para validación. En correos remitidos a OMIE llegan a poner de manifiesto que esa operativa de bloqueo por parte de determinados agentes está “*alterando la competencia*”.

QUINTO. OMIE advirtió a GESTERNOVA que el comportamiento que estaba desarrollando es considerado como abusivo en el MIC y de los correos remitidos a OMIE por el propio agente se observa que es consciente de que su forma de actuar en el mercado no era conforme a la Instrucción 1/2022 de OMIE (a modo de ejemplo, véase el correo de 3 de octubre de 2022 en el Informe SMD, folio 314 del expediente).

SEXTO. Por incumplimiento reiterado de las limitaciones establecidas a través de la Instrucción 1/2022 de OMIE, de acuerdo con las reglas del mercado, el 15 de diciembre de 2022 (con efecto al día siguiente), se inhabilitó a GESTERNOVA el uso del aplicativo “SPDT.kJeTEv7H.v1”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación Competencial.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, se atribuye a la CNMC la competencia para imponer sanciones por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 65.31 de la citada Ley, sobre manipulación de mercado conforme a lo establecido en el Reglamento (UE) 1227/2011.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde a la Directora de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la resolución del presente procedimiento.

SEGUNDO. Procedimiento aplicable.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Asimismo, resultan de aplicación las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo III del Título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

TERCERO. Tipificación de los hechos probados.

El artículo 65.31 de la Ley 24/2013 establece como infracción grave, la siguiente:

“Cualquier infracción por manipulación de mercado también en fase de tentativa, uso de información privilegiada o falta de difusión de información privilegiada, conforme a lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía o en la normativa de desarrollo del mismo.”

Remite así la tipificación de los comportamientos relativos a la manipulación o la tentativa de manipulación de mercado a lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (Reglamento REMIT).

El artículo 5 de este Reglamento establece la prohibición de la manipulación de los mercados mayoristas de la energía.

Por su parte, el artículo 2.2 de Reglamento REMIT define la manipulación de mercado del modo siguiente:

*“a) la realización de cualquier transacción o **la emisión de cualquier orden** para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor:*

i) que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los productos energéticos al por mayor [...].”

En este sentido, el considerando (13) de REMIT establece que *“La manipulación de los mercados mayoristas de la energía implica actuaciones por parte de determinadas personas que pueden llevar los precios de forma artificial hacia un nivel que no se justifica por las fuerzas del mercado de la oferta y la demanda, [...]. **Entre las distintas formas que puede adoptar la manipulación de los mercados figuran: la emisión y la retirada de órdenes falsas; [...].”***

Por su parte, el considerando (14) determina que *“Entre los ejemplos de manipulación del mercado [...] se pueden citar, entre otros, **la conducta de una o varias personas que actúen de forma concertada con el objetivo de asegurarse una posición decisiva sobre la oferta o la demanda de un producto energético al por mayor**, que tiene, o podría tener, el efecto de fijar, directa o indirectamente, los precios o de crear otras condiciones comerciales no equitativas; [...].”*

De los Hechos Probados, se pone de manifiesto que entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2022¹⁶, GESTERNOVA manipuló el mercado organizado de electricidad mediante una **operativa consistente en bombardear la cola de procesamiento con un elevado volumen de ofertas no genuinas o sin intencionalidad de ejecución –que fueron rechazadas por el sistema– (el 97,8% del total de ofertas de GESTERNOVA en el periodo de investigación), cuya única intencionalidad fue acaparar la cola de procesamiento de ofertas, impidiendo que las órdenes de otros agentes se situaran antes que las suyas o se intercalaran entre las suyas y que, de este modo, GESTERNOVA pudiera obtener una posición ventajosa frente a otros agentes sobre la oferta del producto D+1**. La estrategia de bombardeo de ofertas al LTS permitió a GESTERNOVA que el 21,6% de las ofertas que le fueron validadas a partir de las 15:10:00 para el producto D+1 se posicionaran las primeras en el libro de ofertas del MIC.

¹⁶ Para los productos con entrega entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022.

Dicha posición ventajosa y comportamiento provocaron quejas de otros agentes de mercado que consideraron que se generaba incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado, lo que pone de manifiesto que la operativa de GESTERNOVA, como exige el tipo infractor, estaba proporcionando indicios engañosos en el mercado. Adicionalmente, el propio OMIE, en cuyos sistemas estaba recibiendo un bombardeo de ofertas que trasladaban una señal falsa sobre la oferta real al mercado del agente, advirtió a GESTERNOVA que el comportamiento que estaba desarrollando es considerado como abusivo en el MIC. Por todo ello procedió a inhabilitar a GESTERNOVA el uso del aplicativo “SPDT.kJeTEv7H.v1”.

Las alegaciones de GESTERNOVA al acuerdo de incoación afirman, no obstante, que no concurren algunos de los elementos del tipo infractor.

Indica, en primer lugar, que la conducta de “*quote stuffing*” no aparece definida ni regulada en ninguna ley ni norma jurídica, ni española ni comunitaria de la cual pueda justificarse o basarse la potestad sancionadora de la CNMC, y se refiere para ello al apartado 6.3.2.i) de las Directrices de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía de la Unión Europea sobre la aplicación del Reglamento UE/1277/2011, para señalar que las mismas son únicamente orientaciones para la interpretación y aplicación del Reglamento UE/1277/2011 que carecen de fuerza vinculante, no son una norma jurídica de la cual pueda justificarse el ejercicio de la potestad sancionadora por la CNMC. Y señala GESTERNOVA igualmente que esas Directrices únicamente recogen el “*quote stuffing*” con carácter ejemplificativo entre una relación de conductas que *pueden* constituir indicadores de manipulación de mercado, sin que la conducta en sí misma constituya manipulación de mercado. Alega que las Directrices en su página 86 (en su propia traducción) señalan que “ *Para identificar la (tentativa de) manipulación del mercado en el marco de REMIT, las ANR tendrán en cuenta la lista no exhaustiva de indicadores incluidos en los subapartados 6.3.1 y 6.3.2 [entre las que se incluye el quote stuffing], que no se considerarán necesariamente, por sí mismos, constitutivos de (tentativa de) manipulación del mercado.*”. Por ello, entiende que la persecución de la conducta de “*quote stuffing*”, en los términos y alcance planteados por la CNMC, vulneraría el principio de legalidad que rige el derecho sancionador de las Administraciones Públicas, pues supondría el establecimiento de una sanción respecto de una conducta que no aparece definida ni regulada legalmente, ni en una norma.

En cuanto a los efectos de su actuación en el mercado, GESTERNOVA señala la ausencia de perjuicios al mercado ni a los competidores, y que en ningún caso

se ha alterado el precio de la energía de los consumidores franceses y españoles. Por ello, a su juicio la actuación de GESTERNOVA ha tenido un “efecto neutro” para el resto de los actores en el mercado.

Ambas alegaciones no pueden admitirse pues la conducta desarrollada por GESTERNOVA puede subsumirse perfectamente en el tipo de infracción del artículo 65.31 de la Ley 24/2013, por cuanto la referencia a la práctica de “*quote stuffing*” que se realiza en el Acuerdo de Incoación es meramente adicional y explicativa del contenido de ese tipo, y en consecuencia no es necesario para cumplir con el principio de legalidad que se recoja expresamente en el propio tipo para su aplicación a este caso. Aun sin esa referencia expresa a esa práctica en el tipo, se dan de todos modos las circunstancias fácticas para estimar que GESTERNOVA ha incurrido en el comportamiento recogido en el tipo de infracción del citado artículo 65.31, pues encaja en el concepto de manipulación de mercado tal y como viene definido en el artículo 2.2.a) del Reglamento UE/1227/2011 al que se remite el tipo del 65.31. En efecto, en su apartado 2 el citado artículo se refiere a manipulación de mercado como la realización de “*cualquier transacción o la emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor: i) que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los productos energéticos al por mayor...*”.

Atendiendo a lo anterior, la actuación de GESTERNOVA que figura en los hechos probados constituye con toda claridad una actuación de manipulación de mercado subsumible en el concepto a que remite el tipo de infracción del artículo 65.31, por cuanto que dicha conducta tiene como claro efecto la manipulación del mercado mediante ofertas no genuinas que trasladaron una señal falsa o engañosa sobre la intención real de venta al mercado del agente, que buscaban su propio beneficio, que sería situar sus ofertas de venta genuinas (solo el 2,2% de las insertadas por GESTERNOVA) en una posición ventajosa en el libro de órdenes del MIC, para ser ejecutadas con ofertas de compra para el producto D+1.

En particular, dado que la validación de ofertas por OMIE se realiza por orden de entrada al sistema LTS, existiendo una única cola de procesamiento de ofertas, para todos los productos, la operativa de GESTERNOVA consistente en bombardear la cola de procesamiento con múltiples ofertas repetidas o duplicadas, habría tenido como objetivo acaparar dicha cola de procesamiento para garantizarse que, al menos, una de ellas se situara la primera a la apertura del producto D+1 y fuera validada e incorporada al libro de órdenes del MIC,

siendo consciente de que solo un número reducido de ellas tenían realmente opciones de ser validadas por el sistema (que serían sus ofertas de venta genuinas o con intencionalidad de ejecución), mientras que el resto de las ofertas (idénticas todas ellas para cada hora del producto D+1 para la que se estaba ofertando) tendrían nula probabilidad de ejecución, ya que serían rechazadas por el sistema, de acuerdo con lo establecido para la validación de ofertas en las reglas del mercado. De esta manera estaría impidiendo que las ofertas de otros agentes se situaran antes que las suyas o se intercalaran entre las suyas.

De todo lo anterior, se concluye que la estrategia de envío masivo de ofertas a la cola de procesamiento del MIC por parte de GESTERNOVA, que como se ha mencionado tenía como objetivo asegurarse una posición decisiva sobre la oferta del producto D+1 para la exportación de electricidad (venta) a través de la interconexión con Francia, afectó al buen funcionamiento del sistema, que se vio inundado por una petición de validación de ofertas no genuinas o falsas (señal falsa sobre la oferta real al mercado de dicho agente) y dio como resultado una ralentización del procedimiento de validación, así como de la capacidad de negociación de otros agentes y, por tanto, de la libre competencia, esto es causando un perjuicio tanto al mercado como a los competidores. Adicionalmente, cabe señalar que la ralentización del procedimiento de validación de ofertas tiene un impacto directo sobre el tiempo en el que van apareciendo las ofertas en la pantalla de negociación, ya que es una vez validadas cuando las ofertas se incorporan al libro del MIC. De este modo, la ralentización de ese procedimiento en la negociación del mercado habría tenido como consecuencia un retraso en el descubrimiento de precios en el mercado y, por tanto, sobre la información de la que disponen los agentes para la toma de sus decisiones de negociación, habiéndose dañado la integridad del mercado con un comportamiento abusivo.

En tal medida, la actuación de acaparamiento de la oferta llevada a cabo por GESTERNOVA se encuadra dentro de la “**emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor que proporciona o pueda proporcionar “indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta”** en los términos en que se expresa el mencionado artículo 2.2.a) apartado i) del Reglamento comunitario al que remite la redacción del tipo infractor. En este sentido, GESTERNOVA introdujo un elevado volumen de ofertas que sabía que iban a ser rechazadas por OMIE al incumplir las reglas del mercado, pero que pasarían a formar parte de la cola de procesamiento que, de este modo, fue bombardeada con una señal falsa sobre la intencionalidad real de venta del agente, afectando a la capacidad para competir de otros agentes que vieron cómo se ralentizaba el procedimiento de validación de sus ofertas y que, como se ha mencionado, se pusieron en contacto con el operador del mercado por la

incertidumbre que les estaba causando esta situación, así como por el desplazamiento que estaban observando en el tiempo de validación de sus ofertas, lo que afectaba a su prelación en la entrada al libro de órdenes del MIC y, por tanto, a la probabilidad de resultar ejecutadas con ofertas de compra.

Por ello, la conducta de GESTERNOVA encajaría perfectamente en la definición del artículo 2.2.a) del Reglamento comunitario, considerado en su propia literalidad, porque se trata de la emisión masiva de órdenes sobre productos energéticos al por mayor que proporciona claramente indicios falsos o engañosos sobre la oferta (obligando al sistema informático a procesarlas, a pesar de que se sabía que no serían validadas), tal y como se detalla en el párrafo anterior.

Por las mismas razones, su comportamiento podría encajar no solo en el descrito en el apartado i) del artículo 2.2.a) del Reglamento comunitario mencionado, sino igualmente en la conducta consistente en emplear o intentar emplear *“un dispositivo ficticio o cualquier otra forma de engaño o maquinación que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un producto energético al por mayor”*, según lo establecido en el apartado iii) del citado artículo, toda vez que se hizo un mal uso de un aplicativo (algoritmo de alta frecuencia) para conseguir ese efecto de bombardeo masivo de la cola de procesamiento de datos, y que dio lugar a que OMIE, de acuerdo con las reglas del mercado, inhabilitara a GESTERNOVA el uso del mencionado aplicativo.

No es óbice a todo lo anterior lo señalado por GESTERNOVA respecto al principio de tipicidad que deriva del artículo 25.1 de la Constitución y la necesidad de que se den todas y cada una de las premisas señaladas en dicho tipo, y la necesidad -en su aplicación a este caso- de que se produzca, con arreglo a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de abril de 2022 -que a su juicio exigiría que la conducta tenga como resultado o persiga la *“fijación del precio a un nivel artificial”*- el elemento de manipulación del precio, ni es óbice tampoco el hecho de que GESTERNOVA sostenga que no habría fijado ni habría tenido la intención de fijar el precio de mercado y que no se habrían alterado artificialmente las condiciones de mercado en perjuicio de los consumidores.

Así, sin perjuicio de que sí lo fuera -por sus características- en el asunto examinado por la AN en la sentencia citada, el elemento de manipulación o intento de manipulación del precio no es sin embargo en todos los casos un

requisito indispensable para la estimación de la concurrencia del tipo recogido en el artículo 65.31 de la Ley 24/2013, y para concluir con la existencia de un comportamiento subsumido en el referido tipo, si como en este caso, estamos ante un asunto de manipulación de la oferta, que ya es suficiente por sí mismo para estimar una actuación antijurídica.

El propio tenor literal del artículo 2.2.a) del Reglamento comunitario, al hablar de manipulación, se refiere al precio como uno de los ejemplos de manipulación, y no como un elemento necesario, pues habla de la realización de cualquier transacción o la emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor que *“proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los productos energéticos al por mayor”*, por lo que al usar la conjunción “o” está indicando que basta con la existencia de una manipulación de la oferta, la demanda, o el precio, pero no necesariamente de los tres al mismo tiempo, y en consecuencia, no existe en la definición un necesario efecto en todos los casos de esa manipulación de la oferta y/o la demanda sobre los precios, como pretende GESTERNOVA.

En consecuencia, y de acuerdo con los Hechos Probados de este procedimiento, el comportamiento de GESTERNOVA es subsumible en el tipo de infracción grave establecida en el artículo 65.31 de la Ley 24/2013, en relación con lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía o en la normativa de desarrollo del mismo.

CUARTO. Antijuridicidad de la conducta de GESTERNOVA

En sus alegaciones al acuerdo de incoación, GESTERNOVA entiende que ha aplicado con normalidad las reglas de mercado vigentes en cada momento vigente y ha aprovechado legítimamente una diferencia de los precios entre Francia y España, es decir, que su comportamiento no ha sido antijurídico.

Afirma igualmente que el envío de varias ofertas no ha sido artificial, porque, en realidad, las ofertas enviadas repetidamente en intervalos cortos de tiempo eran las ofertas con intención de ser insertadas en el mercado y que fueran casadas en el instante de acoplamiento de precios con las ofertas de Francia. A su juicio, la forma de ofertar era válida, la posibilidad de aprovechar el coste de oportunidad sería un actuación eficiente y natural de un operador en un mercado y, ninguna de dichas actividades tuvo un impacto en la determinación del precio

de la energía. Como conclusión, la regulación permitía a GESTERNOVA realizar ofertas por el precio y de la forma que las hizo: las reglas de mercado aplicables en el periodo temporal imputado a su representada fueron a su juicio respetadas.

Sin embargo, lo anterior no se puede compartir, tal y como se desprende de la documentación que obra en el expediente. Así, tal y como se señala en el Informe SMD de la CNMC arriba citado (folios 295 y siguientes del expediente), la estrategia de envío masivo de ofertas a la cola de procesamiento del MIC por parte de GESTERNOVA, tenía como objetivo asegurarse una posición decisiva sobre la oferta del producto D+1 para la exportación de electricidad (venta) a través de la interconexión con Francia, y afectó al buen funcionamiento del sistema, que se vio inundado por una petición de validación de ofertas no genuinas o falsas (señal falsa sobre la oferta real al mercado de dicho agente) y dio como resultado una ralentización del procedimiento de validación, así como de la capacidad de negociación de otros agentes y, por tanto, de la libre competencia, esto es causando un perjuicio tanto al mercado como a los competidores. Tal comportamiento no puede considerarse normal ni justificado ni estar jurídicamente legitimado.

Como señala el informe SMD, en el periodo analizado cabe diferenciar entre dos momentos temporales como consecuencia del cambio que se introdujo el 10 de octubre de 2022, de acuerdo con la Instrucción 1/2022; 1) entre el 30 de septiembre y el 9 de octubre de 2022: periodo en el que, de acuerdo con el procedimiento de validación, se analizaban todas y cada una de las ofertas contenidas en un mensaje de envío de ofertas al LTS y 2) a partir del 10 de octubre y hasta el 30 de diciembre de 2022¹⁷: periodo en el que se rechaza todo el mensaje, sin procesar las ofertas en él contenidas, si el envío de dicho mensaje incumple el tiempo mínimo establecido entre envíos o si se introduce para un producto que no está abierto a negociación.

GESTERNOVA desarrolló una estrategia orientada a conseguir que sus ofertas de venta para el D+1¹⁸ fueran validadas por OMIE antes que las insertadas por otros agentes del mercado.

¹⁷ Fecha de negociación del producto D+1 con entrega el 31 de diciembre de 2022.

¹⁸ Asimismo, realiza puntualmente (en 14 días del periodo analizado) ofertas de compra para alguna hora del producto D+1, con la misma estrategia que la descrita, que también contribuyen a ese acaparamiento de la cola de procesamiento en los mismos días para los que está ofertando venta para el producto D+1.

Dicha operativa consistió en bombardear la cola de procesamiento con múltiples ofertas repetidas o duplicadas (con el mismo precio y volumen para una misma hora del producto D+1) de las que tan solo un número reducido eran validadas por el sistema (habitualmente una sola oferta de las presentadas para cada hora del producto D+1 a la que se había ofertado; véanse Gráfico 1 y Cuadro 1 del Informe SMD, folios 304 y 306 del expediente). El grueso de las ofertas insertadas al LTS por este agente resultaba rechazado por el sistema al introducirse bien antes de la apertura a negociación del contrato D+1 (a las 15:10:00) o bien por incumplirse los parámetros técnicos de potencia máxima o mínima¹⁹. Esas múltiples ofertas al sistema, que tenían idénticas características de precio y volumen para una misma hora del producto D+1 (esto es, se trataba de ofertas duplicadas), tenían como objetivo acaparar la cola de procesamiento, que era única para todos los productos, para garantizarse que una de ellas se situara la primera a la apertura del producto D+1 y fuera validada e incorporada al libro de órdenes del MIC.

Por ello, cuando el agente insertaba sus ofertas en el sistema era plenamente consciente de que solo un número reducido de ellas tenían realmente opciones de ser validadas por el sistema (estas serían sus ofertas de venta genuinas o con intencionalidad de ejecución), mientras que el resto de las ofertas (idénticas todas ellas para cada hora del producto D+1 para la que se estaba ofertando) tendrían nula probabilidad de ejecución, ya que serían rechazadas por el sistema, de acuerdo con lo establecido para la validación de ofertas en las reglas del mercado. Estas ofertas, que pueden calificarse como no genuinas tendrían como finalidad acaparar la cola de procesamiento de ofertas, impidiendo, en consecuencia, que las ofertas de otros agentes se situaran antes que las suyas o se intercalaran entre las suyas.

En el Gráfico 1 del informe de la SMD se cuantifica el elevado porcentaje de ofertas duplicadas o rechazadas, lo que pone de manifiesto su carácter no

¹⁹ De acuerdo con la regla 40.3.1.1.1 “Criterios generales” de las reglas del mercado vigentes hasta el 3 de marzo de 2023, se define la potencia máxima como “la menor entre la potencia máxima en el Sistema de Información del Operador del Mercado, la potencia máxima disponible y la potencia máxima limitada de manera unitaria por los operadores del sistema por criterios de seguridad” y la potencia mínima como “la mayor entre la potencia mínima en el Sistema de Información del Operador del Mercado, y la potencia mínima limitada de manera unitaria por los operadores del sistema por criterios de seguridad”. Estos parámetros técnicos son perfectamente conocidos por cada agente, y pueden verificarse en cada momento a partir de toda la información que cada agente dispone con relación a su participación en el mercado. Por tanto, es uno de los parámetros que se debe tener en cuenta a la hora de ofertar para garantizar que las ofertas no sean rechazadas por el sistema de validación. En este sentido, a los efectos de verificación de las ofertas, por ejemplo, con relación al término de potencia máxima, se valida que la suma de la energía ofertada, más el programa previo (PHFC/PHF/PDVP), más las transacciones realizadas durante la ronda en curso, más las ofertas almacenadas en el Libro de Ofertas, sea inferior al parámetro técnico de potencia máxima del agente.

genuino. En concreto *“las ofertas insertadas al LTS por GESTE, en el periodo de análisis – entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2022”* para productos con entrega entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022-, en el que se observaría *“tanto el **elevado volumen de ofertas duplicadas –el 97,7%–** (aquellas que para la misma hora del producto D+1 tienen las mismas características de precio y volumen), **como de ofertas rechazadas por incumplir los requisitos establecidos en las reglas del mercado –el 97,8% del total de ofertas remitidas por este agente–**”*.

Continúa señalando el referido informe que *“como desde el 10 de octubre de 2022 se rechaza todo el mensaje, sin procesar las ofertas en él contenidas, si el envío de dicho mensaje incumple el tiempo mínimo establecido entre envíos o si se introduce para un producto que no está abierto a negociación, desde esa fecha, para observar el bombardeo de ofertas al sistema que realizó el agente, deben analizarse los mensajes remitidos”*. En el Gráfico 2 de dicho Informe SMD se reflejan los mensajes insertados por GESTERNOVA *“diferenciando entre los mensajes rechazados por el sistema previamente a su validación por ser erróneos, al incumplir los requisitos establecidos en la Instrucción 1/2022, y los que fueron aceptados para validación por parte del sistema (mensajes válidos, cuyas ofertas son procesadas y fruto de dicho proceso rechazadas o validadas e incorporadas al libro de órdenes del MIC). **De los mensajes insertados por GESTE, el 96,6% fueron rechazados por el sistema previamente a su validación”***.

Un ejemplo significativo de esta conducta fue el comportamiento de GESTERNOVA el día 8 de octubre de 2022, tal y como se recoge en el Informe SMD de la CNMC, que recoge en un cuadro (Cuadro 1 del Informe SMD) *“las ofertas insertadas por GESTE para la hora 1 del producto D+1 el 8 de octubre de 2022. Entre las 15:09:31 y las 15:10:14, GESTE introdujo en el LTS un total de 156 ofertas con el mismo volumen ([CONFIDENCIAL] MWh) y alternando dos precios ([CONFIDENCIAL] €/MWh y [CONFIDENCIAL] 0 €/MWh). De estas ofertas solo fue validada por el sistema una de ellas (insertada a las 15:10:02; destacada en el cuadro en azul). El resto de las ofertas (99,4% de las insertadas) fueron rechazadas por el sistema: el 90,3% (140 ofertas) por haberse introducido antes de la apertura del contrato a negociación (introducidas entre las 15:09:31 y las 15:09:59) y el 9,7% (15 ofertas) por superar el parámetro de potencia máxima (introducidas entre las 15:10:03 y las 15:10:14). Ese día y para esa hora, la oferta de GESTE fue la primera en ser validada por el sistema, de todas las ofertas presentadas por los agentes y, por tanto, la primera en incorporarse al libro de órdenes del MIC. Para esa hora y en ese día se insertaron un total de 177 ofertas al producto D+1, de las que el 88,1% correspondieron a ofertas de GESTE. Junto a GESTE, insertaron ofertas al LTS otros 6 agentes (21 ofertas en total, de las que fueron validadas 14 –el 66,7% de las ofertas insertadas por*

otros agentes, frente al 0,6% de las ofertas insertadas por GESTE-). La diferencia entre la operativa del agente incoado y el resto de los agentes es clara y contundente, poniendo de manifiesto la anormalidad de la actuación.

En el mismo sentido el informe SMD señala (folio 309) que “a lo largo del periodo objeto de análisis –entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2022– GESTE introdujo un total de 74.797 ofertas para el producto D+1, que representaron el 36,5% del total de ofertas presentadas por todos los agentes que estaban participando en el MIC en el periodo objeto de análisis y para el mismo producto (204.992 ofertas; junto a GESTE insertaron ofertas al MIC para el producto D+1 otros 55 agentes²⁰). De las ofertas insertadas por GESTE el sistema solo validó 1.669 (el 2,2% de las ofertas insertadas por el agente) que fueron las que se incorporaron al libro de órdenes del MIC; el resto de las ofertas fueron rechazadas por insertarse antes del inicio de la negociación del producto al que se ofertó (el 70,4%) o por no cumplir los parámetros de potencia (el 29,6%) (véase Cuadro 2). El agente, por tanto, insertó un elevado volumen de ofertas no genuinas –que fueron rechazadas por el sistema– (el 97,8% del total de ofertas de GESTE en el periodo de investigación), cuya única intencionalidad habría sido acaparar la cola de procesamiento de ofertas para conseguir posicionar sus ofertas las primeras en ese proceso de validación y, por tanto, obtener una posición decisiva sobre la oferta del producto D+1”.

Se reproduce, finalmente, por su elocuencia aquí igualmente el referido Cuadro 2 del informe SMD:

Cuadro 2. Ofertas insertadas al LTS por GESTE, diferenciando entre ofertas validadas y ofertas rechazadas –con el motivo del rechazo–. 30 de septiembre a 30 de diciembre de 2022.

TOTAL OFERTADAS	74.797	% / total
OFERTAS VALIDADAS	1.669	2,2%
OFERTAS RECHAZADAS	73.128	97,8%
		% s/rechazadas
Insertadas antes de la apertura del contrato	51.493	70,4%
Incumplimiento parámetro potencia máxima	21.561	29,5%
Incumplimiento parámetro potencia mínima	74	0,1%

Fuente: elaboración propia a partir de datos de OMIE

²⁰ El análisis de ofertas se centra solo en las ofertas presentadas por los agentes al MIC para el producto D+1. Por tanto, si un agente en el periodo de análisis (del 30 de septiembre al 30 de diciembre de 2022) solo está presentando al MIC ofertas para el producto D (con entrega en el mismo día de negociación) no aparecerá en el recuento de agentes que estaban operando para el producto D+1.

Como se ha indicado al inicio de este fundamento, desde el 10 de octubre de 2022 se rechazaban los mensajes de ofertas que incumplían el periodo mínimo entre envíos (8 segundos) o se enviaban cuando el producto todavía no estaba abierto a negociación. Ello no supuso un cambio sustancial en la operativa de GESTERNOVA. En este sentido, entre el 10 de octubre y el 30 de diciembre de 2022, GESTERNOVA introdujo un total de 100.288 mensajes²¹ (acaparando el 28,3% del total de mensajes insertados en el LTS –junto a GESTERNOVA, otros 76 agentes estaban ofertando en el MIC–). De los mensajes insertados por GESTERNOVA, un gran porcentaje de ellos fueron rechazados por el sistema (96,6%); mayoritariamente, el 96%, por no haber respetado el tiempo mínimo de envío entre mensajes (8 segundos) y el 4% por haberlos enviado antes del periodo de apertura a negociación del producto D+1. Por tanto, solo el 3,4% de esos mensajes fueron analizados por el sistema, validándose o rechazándose las ofertas en ellos contenidas. A su vez, de las ofertas evaluadas por el sistema a partir del 10 de octubre (14.934²²) para GESTERNOVA, el 90% fueron rechazadas, validándose solo el 10% de las mismas.

La rapidez de inserción de las ofertas al sistema LTS, junto al elevado número de éstas era, por tanto, el elemento esencial de la operativa desarrollada por GESTERNOVA, al objeto de evitar que otros agentes pudieran posicionar sus ofertas antes que las suyas o intercaladas entre las suyas. De ahí que se bombardeara al sistema con un aplicativo o robot (trading algorítmico), que es capaz de emitir un gran volumen de órdenes en un espacio temporal muy corto, para tratar de controlar la cola de procesamiento de datos y conseguir posicionar sus ofertas de venta las primeras en ese proceso de validación en la ventana crítica de competencia (las 15:10:00). De acuerdo con la información de OMIE, GESTERNOVA realizó estos envíos masivos a través del aplicativo “SPDT.kJeTEv7H.v1”²³, entre el 1 de septiembre y el 15 de diciembre de 2022 (ambos días inclusive), aunque también estaba habilitado y utilizaba el aplicativo “M.TRAD.OMIE.EXE”. En el Gráfico 4 del informe SMD se reflejan los mensajes de GESTERNOVA que fueron rechazados para validación por el sistema

²¹ A diferencia del análisis de las ofertas, en el análisis de mensajes el número de agentes que estaban operando en el MIC considera el cómputo total de agentes (no solo los que ofertaban al producto D+1). Esto es debido a que los mensajes pueden contener ofertas tanto para el producto D como para el producto D+1, y que, de acuerdo con las reglas del mercado, se rechaza desde el 10 octubre de 2022, el mensaje entero sin evaluar sus ofertas en caso de que incumpla alguna de las limitaciones establecidas en la Instrucción 1/2022. Por ello, no puede diferenciarse en el análisis de los mensajes entre producto D y producto D+1, siendo por tanto mayor el número total de agentes en el análisis de los mensajes que en el análisis de las ofertas.

²² Se desconoce el número total de ofertas que insertó a partir del 10 de octubre, puesto que, al rechazarse, a partir de esa fecha, todo mensaje que no cumplía los criterios establecidos en las reglas del mercado, no se contabilizaban las ofertas presentadas.

²³ El envío masivo no es una característica del aplicativo en sí, sino del uso que se hace de este.

(erróneos) diferenciando entre cada uno de los dos aplicativos mencionados. El 96,5% de los mensajes rechazados por el sistema fueron insertados al LTS por GESTERNOVA a través del aplicativo “SPDT.kJeTEv7H.v1”, mientras que el 3,5% restante de los mensajes rechazados se emitieron a través del aplicativo “M.TRAD.OMIE.EXE”. Por ello, con fecha 15 de diciembre de 2022 (con efecto al día siguiente), se inhabilitó a GESTERNOVA el uso del aplicativo “SPDT.kJeTEv7H.v1”, por incumplimiento reiterado de las limitaciones establecidas a través de la Instrucción 1/2022 de OMIE, de acuerdo con las reglas del mercado.

La estrategia de bombardeo de ofertas al LTS permitió a GESTERNOVA que el 21,6% de las ofertas que le fueron validadas a partir de las 15:10:00 para el producto D+1 se posicionaran las primeras en el libro de ofertas del MIC, obteniendo así una posición ventajosa frente a otros agentes. En este sentido, en el Gráfico 5 del informe SMD se representa el número de contratos para el producto D+1 en los que GESTERNOVA consiguió insertar sus ofertas las primeras en el libro de órdenes del MIC.

De todo lo anterior, se concluye que la estrategia de envío masivo de ofertas a la cola de procesamiento del MIC por parte de GESTERNOVA, tenía como objetivo asegurarse una posición decisiva sobre la oferta del producto D+1 para la exportación de electricidad (venta) a través de la interconexión con Francia, afectando al buen funcionamiento del sistema, que se vio inundado por una petición de validación de ofertas no genuinas o falsas (señal falsa sobre la oferta real al mercado de dicho agente) y dio como resultado una ralentización del procedimiento de validación, así como de la capacidad de negociación de otros agentes. Adicionalmente, cabe señalar que la ralentización del procedimiento de validación de ofertas tiene un impacto directo sobre el tiempo en el que van apareciendo las ofertas en la pantalla de negociación, ya que es una vez validadas cuando las ofertas se incorporan al libro del MIC. De este modo, la ralentización de ese procedimiento en la negociación del mercado habría tenido como consecuencia un retraso en el descubrimiento de precios en el mercado y, por tanto, sobre la información de la que disponen los agentes para la toma de sus decisiones de negociación, habiéndose dañado la integridad del mercado con un comportamiento abusivo.

Este comportamiento, por tanto, no puede considerarse justificado ni válido desde el punto de vista de la regulación de los mercados.

Por último, del análisis de las transacciones de venta sobre el producto D+1, con periodo de entrega comprendido entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022, ejecutadas por GESTERNOVA en las sesiones de negociación del MIC

objeto de investigación, sumándose solo las transacciones realizadas en los dos primeros minutos de apertura de la negociación en la interconexión (entre las 22:00 y las 22:02 horas) y solo en las horas en las que la interconexión estaba totalmente ocupada en sentido exportación en el PDBF, se concluye que GESTERNOVA obtuvo un beneficio sobre el precio medio del mercado diario de 6.830.717,38 € (véase el Informe SMD, folios 317 y ss).

Por tanto, se concluye que el comportamiento de GESTERNOVA no solo fue típico y antijurídico, sino que también incluyó un evidente beneficio que habrá de tenerse en cuenta en relación con la graduación de la sanción.

QUINTO. Culpabilidad de GESTERNOVA en la comisión de la infracción.

a) Consideraciones generales

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto al que se impute su comisión. Es decir, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia (STS de 6 de noviembre de 1990 y 9 de julio de 1998) y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante «Ley 40/2015») que señala: *«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».*

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

“Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban

entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe”.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

GESTERNOVA entiende que no cabe apreciar dolo o culpa en su manera de actuar respecto de los incumplimientos señalados en el Acuerdo de incoación, y que ha actuado con total transparencia y comunicación permanente OMIE, sin ser consciente en ningún momento de la posible antijuridicidad de su conducta. Alega igualmente que ha estado actuando en el mercado intradiario continuo con estricta sujeción a las reglas de mercado, sin que en ningún caso hubiera intentado manipular el mercado o el precio de casación mediante envíos masivos de ofertas antes de la apertura de la negociación en el mercado intradiario continuo que acapararan la cola de procesamiento de las ofertas. Señala que ha realizado en todo momento un uso lícito del sistema de inserción de ofertas, sin ningún tipo de comportamiento abusivo en el sistema que fuese contrario a las reglas de mercado. Por ello, ha actuado legítimamente, intentando solventar cualquier circunstancia y cuestión que afectase a la posible legalidad de la operativa seguida, de ello se deduce que no puede apreciarse responsabilidad o culpabilidad en su conducta.

El artículo 28.1 de la Ley 40/2015 arriba citado debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *«la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991 y 5 de mayo de 1992). El elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia (Fundamento de Derecho 4 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 arriba citado).

Por lo que acaba de señalarse, no pueden admitirse las alegaciones de GESTERNOVA respecto a la inexistencia de culpa en su conducta.

Ha quedado acreditado que la operativa de GESTERNOVA en el periodo referido en el Hecho Probado de la presente Resolución no ha respetado las indicaciones e instrucciones de OMIE en aplicación de las reglas de mercado, ha comportado

un acaparamiento de las ofertas, subsumible en el concepto de manipulación de mercado, al haber proporcionado señales falsas o engañosas sobre la oferta (intención real de venta del agente al mercado), que en tal medida representa un comportamiento claramente culpable.

En el periodo analizado comprendido entre octubre y diciembre de 2022 OMIE advirtió de forma continuada a GESTERNOVA sobre la vulneración de alguna de las limitaciones establecidas en la instrucción 1/2022 (véase en el Excel “05 – Emails_GESTE” folio 182 del expediente, que contiene el intercambio de correos entre OMIE y GESTERNOVA a este respecto).

En dichos correos, OMIE le advierte reiteradamente que el comportamiento observado está considerado como abusivo en el MIC y le emplaza a que tome las medidas necesarias para evitar que siga produciéndose dicha actuación. OMIE también le informa de que procederá a la inhabilitación para GESTERNOVA del aplicativo SPDT.kJeTEv7H.v1 si “*continúa enviando ofertas a contratos inactivos (independientemente del número) o sigue enviando ofertas a pesar de los mensajes de error de potencia*” (véase a modo de ejemplo, correo remitido por OMIE a GESTERNOVA el 18 de octubre de 2022), siguiendo lo establecido en la Instrucción 1/2022. Por tanto, GESTERNOVA era plenamente consciente de que su forma de actuar en el mercado no era conforme a la Instrucción 1/2022 y, no obstante, la mantuvo hasta la inhabilitación del uso del aplicativo por parte de OMIE.

En el mismo sentido, se comprueba tal conocimiento de la antijuridicidad de su operativa en el intercambio de correos entre OMIE y este agente el 13 de diciembre de 2022. En dicha fecha, OMIE informa de lo siguiente (incluidas las imágenes; el subrayado del texto es de la CNMC):

“Se ha detectado la siguiente situación hoy a las 15:10 donde han en enviado más de 20.000 mensajes NewOrder en 3 minutos, como pueden observar en la gráfica la gran mayoría de estos fueron rechazadas por no respetar la limitación de tiempo mínimo entre mensajes.

Como les hemos informado otras veces este comportamiento se considera un abuso conforme a la INSTRUCCIÓN 1/2022, le emplazamos a que tome las medidas necesarias para evitar que siga produciéndose dicha situación.

[CONFIDENCIAL]

Ese mismo día, el agente responde a OMIE lo siguiente: “*Somos conscientes del número de ofertas enviadas pero el comportamiento del procesado de ofertas por parte de la plataforma LTS es lo que nos obliga a tener que realizar el envío*”

de este modo para ser competitivos con el resto de agentes.” Adicionalmente añaden que “Os avanzamos que tras analizar los mensajes de broadcast publicados nuestra obligación para ser competitivos mañana es aumentar el número de ofertas enviadas porque hemos observado que la cola generada previa a nuestro primer envío en el 15:09:48.000 aprox. ya es lo suficientemente grande como para que se sitúen por delante nuestros competidores, por lo que estamos obligados a realizar envíos previos al tiempo estimado en que la primera oferta enviada por algún agente ha sido aceptada.” Por tanto, el agente no solo es consciente de que su comportamiento es abusivo, sino que informa a OMIE de que va a persistir en él.

El hecho de que algún otro agente pudiera haber actuado indebidamente con un comportamiento similar, tratando de posicionar sus ofertas para casar las primeras en el MIC, tal y como GESTERNOVA parece indicar en el mensaje anterior para justificar la persistencia de su conducta, resulta igualmente reprochable y será objeto de un procedimiento sancionador distinto. En todo caso, no legitima la actuación de GESTERNOVA que, como se ha comentado, infringía la normativa.

Por último, cabe mencionar que cuando a un agente se le rechaza un mensaje, recibe del sistema información con la descripción del motivo del rechazo. En el caso de que se rechace un mensaje por no haberse respetado el tiempo mínimo entre envíos el sistema, además de indicarse este motivo de rechazo se indica el momento temporal (*timestamp*) en el que se puede realizar el siguiente envío. Un ejemplo del mensaje recibido por GESTERNOVA tras la anulación de uno de los mensajes de órdenes enviados al LTS el 17 de noviembre de 2022 a las 15:10 se recoge en el expediente (página 21 y ss del informe SMD, folios 316 y ss del expediente).

La conclusión de lo anterior no puede ser más que ha quedado acreditado, sin duda, que la actuación de GESTERNOVA fue dolosa.

SEXTO. Valoración de las alegaciones a la propuesta de resolución.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, GESTERNOVA efectúa las siguientes alegaciones:

- Que, dada la diferencia de precios entre el mercado español y el mercado francés, *“No es extraño que hubiera habido un intento de aprovechar esa diferencial de precios, ni tampoco es extraño que haya existido un lógico incremento en los intentos de operativa en el mercado para aprovechar esa diferencia de precio”,* y que *“Esta operativa ha sido realizada por mi representada intentando optimizar en todo caso la gestión de su energía y*

procurando, como es natural, la casación de su oferta intentando adelantarse a otros agentes, aplicando las reglas existentes y vigentes en todo momento”.

- Que *“la instrucción del procedimiento se ha concluido precipitadamente, sin haber dado a GESTERNOVA la posibilidad de conocer con anterioridad a la propuesta de resolución los diversos informes y datos incluidos en el expediente después de nuestras alegaciones”*, lo que habría impedido a GESTERNOVA contradecir los informe de OMIE y de la SMD en el marco de un período probatorio.
- Vulneración del principio de tipicidad y antijuridicidad, ya que, según considera GESTERNOVA, *“la propuesta de resolución hace un esfuerzo extraordinario en dar encaje a los hechos en el tipo de una infracción grave: manipulación de mercado”*, y que *“Tal esfuerzo argumental precisamente manifiesta la dificultad de dicho encaje de los hechos en el concepto de manipulación de mercado”*, concluyendo que *“Gesternova ha obrado con estricta sujeción a las reglas del mercado y a los demás desarrollos normativos”*.
- Vulneración del principio de culpabilidad y responsabilidad, ya que *“no ha habido una afectación al precio de mercado, ni ha habido una afectación a los consumidores”*.
- Vulneración del principio de proporcionalidad, al resultar la multa, a juicio de GESTERNOVA, desproporcionada, por los siguientes tres motivos:
 - Habiendo justificado el dolo la culpabilidad de GESTERNOVA, no puede valorarse a los efectos de graduar la sanción.
 - No hay perjuicio al mercado.
 - La redefinición de los elementos del tipo que hace la CNMC a los efectos de justificar la sanción debe valorarse a los efectos de graduar el reproche punitivo.

Se valoran seguidamente estas alegaciones del sujeto imputado:

SEXTO. 1.- Valoración general de la conducta realizada:

De forma preliminar, GESTERNOVA plantea en sus alegaciones la legitimidad de su conducta. A su entender, GESTERNOVA ha tratado de aprovechar con todas las herramientas posibles el diferencial de precios España-Francia, consiguiendo casar sus ofertas, frente a las de los competidores, lo que debe valorarse como un comportamiento de mercado legítimo.

Esta valoración no puede compartirse. El mercado no puede sostenerse en conductas que pretenden que las ofertas de otros agentes no pueden ser valoradas por el sistema.

Es legítimo competir con otros agentes con base en el contenido de las ofertas (desplazando a las de ofertas de otros por su precio), y competir también, según el caso, con base en el momento en que las ofertas se hacen (prioridad temporal), pero la base para competir con otros agentes (y desplazar sus ofertas en beneficio de las propias) no puede ser generar una disrupción en el sistema informático que tiene el mercado para el procesado de las ofertas (colapsando la cola de procesamiento), porque eso implica que se está impidiendo el acceso al mercado de parte de las ofertas de los competidores.

La actuación de GESTERNOVA constituye una actuación que atenta contra uno de los principios esenciales en los que se sostiene el mercado (la competencia entre agentes). GESTERNOVA no pretendía desplazar las ofertas de los competidores de forma legítima, sino impedir que éstas pudieran hacerse (que pudieran procesarse por el mercado).

SEXTO. 2.- Instrucción del procedimiento y alegaciones a la propuesta de resolución:

Al respecto de la tramitación del procedimiento, esta Sala considera que se ha de tener en cuenta que el acuerdo de incoación del procedimiento (ver folios 15 a 20 del expediente administrativo) identificaba con toda claridad los hechos en que consistía la imputación:

“Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en la conducta consistente en el envío masivo de órdenes para negociar durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2022, antes de la apertura de la negociación en el intradiario continuo de los contratos para el día siguiente (15:10:00), y que tenían como único objetivo acaparar la cola de procesamiento de ofertas para ser los primeros en tener una oferta válida en los contratos del día siguiente.”

Esta conducta -según se anunciaba en dicho acuerdo de incoación- *“podría ser considerada como una infracción grave establecida en el artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico”*.

Al respecto de esta imputación, la notificación de incoación del procedimiento concede a GESTERNOVA *“un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes y, en su caso, la proposición y práctica de la prueba”* (folios 21 y 22 del expediente administrativo).

GESTERNOVA presentó las alegaciones que consideró oportunas al acuerdo de incoación, acompañadas de la documentación que estimó conveniente.

Asimismo, GESTERNOVA recibió notificación de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo en su integridad (incluidos los informes de OMIE y de SMD), confiriéndole de nuevo *“un plazo de diez días pueda formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes”* (ver folios 320 y 321 del expediente).

Frente a esta propuesta de resolución, GESTERNOVA ha presentado las alegaciones que ha estimado oportunas, pudiendo contradecir lo que estimara pertinente de dicha propuesta o de la documentación del expediente (en particular, de los informes de OMIE y SMD). De hecho, así lo ha hecho, alegando lo que ha considerado oportuno, que, en cierto modo, es coincidente con lo ya expuesto en sus alegaciones al acuerdo de incoación.

Es de destacar lo que GESTERNOVA indica (en sus alegaciones a la propuesta de resolución) al respecto de los hechos en que se basa la imputación; esto es, que no hay contradicción fáctica alguna, y que aquello en lo que se discrepa es la valoración que se hace de esos hechos:

“El más relevante y complicado debate que se ventila en este procedimiento sancionador no es un debate fáctico, sino un debate de calificación de los hechos, no solo de la calificación de la infracción, sino de los juicios de valor en cuanto a las ofertas que se hacen en el expediente. Los calificativos usados, además de poco afortunados con la realidad y con los que no estamos de acuerdo, no constituyen una manipulación de mercado.

Manifestamos nuestra discrepancia con las valoraciones realizadas en la Propuesta de Resolución y con las valoraciones que se hace en la nota/informe de la Subdirección de mercados derivados. Pese a lo profuso de la información y datos recogidos en la propuesta ello no ha desvirtuado nuestras alegaciones al acuerdo de incoación.”

Así, pues, no hay un debate fáctico que precise ser aclarado con una extensión o retroacción de la fase de instrucción del procedimiento. Y, en cuanto al debate jurídico (sobre la valoración de los hechos), han quedado claras las consideraciones de GESTERNOVA acerca de la -a su juicio- legitimidad de su actuación.

En definitiva, GESTERNOVA ha tenido oportunidad de defensa, ha hecho uso de esa oportunidad, y la base y el contenido de dicha defensa han quedado suficientemente expuestos a los efectos de su valoración.

SEXTO. 3.- Tipicidad y antijuridicidad de la conducta:

Sobre esta cuestión de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, GESTERNOVA expone, en primer término, que resulta difícil encuadrar la conducta realizada en el tipo infractor, y, en particular, en el concepto de manipulación.

Sin embargo, el concepto de manipulación recogido en el Reglamento nº 1227/2011 (al que se remite el artículo 65.31 de Ley 24/2013, de 26 de diciembre: “*Cualquier infracción por manipulación de mercado también en fase de tentativa, ..., conforme a lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 1227/2011*”) alcanza a la realización de ofertas que proporcionen indicios falsos o engañosos, o al empleo de dispositivos o maquinaciones que puedan proporcionarlos, que es lo hecho por GESTERNOVA:

“la realización de cualquier transacción o la emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor:

i) que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los productos energéticos al por mayor,

(...)

iii) que emplee o intente emplear un dispositivo ficticio o cualquier otra forma de engaño o maquinación que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un producto energético al por mayor,...”

En efecto, GESTERNOVA realizó un envío masivo de ofertas falsas, obligando al sistema informático en que se basa la casación del mercado a procesarlas, pues, a pese a ser ofertas que no se pretendía que fueran validadas, el sistema no podía *ex ante* ignorarlas, y, para ello, se empleaba un algoritmo de alta frecuencia (que permitía que la cola de procesamiento de ofertas quedara colapsada con los envíos que procedían de GESTERNOVA, a pesar de que, como se ha dicho, eran ofertas falsas, aprovechándose de que el sistema no las podía discriminar).

En segundo término, en cuanto a la supuesta sujeción de GESTERNOVA en su actuación a las reglas del mercado, ya se ha explicado que la conducta constituye una manipulación típica, prohibida por la normativa europea, y sancionada conforme a la ley española. Además, la conducta se desarrolla, como se ha expuesto, con incumplimiento de las instrucciones dadas por OMIE, lo que motiva los diversos avisos que GERTENOVA recibe de OMIE, y es causa finalmente de la inhabilitación del uso del aplicativo que estaba siendo empleado por esa comercializadora.

SEXTO. 4.- Culpabilidad y responsabilidad:

La falta de afectación al precio o a los consumidores (que son las circunstancias a las que alude GESTERNOVA en sus alegaciones sobre la culpabilidad) no son aspectos relacionados con la culpabilidad en la comisión de la infracción.

Es evidente que GESTERNOVA pretendía llevar a cabo una manipulación del mercado (concretamente, una manipulación del sistema informático en que se basa el mercado para procesar las ofertas de venta de energía), y que pretendía realizar esa manipulación en su beneficio. En ese sentido, su actuación es culpable, y, más en concreto, es intencionada (dolosa), porque no obedece a un descuido (sino al propósito deliberado de actuar de ese modo).

Los efectos que pueda tender esta conducta (sobre el precio, el mercado o los consumidores) son aspectos ajenos a la cuestión de la culpabilidad, que se han de considerar a los efectos de graduar la sanción.

SEXTO. 5.- Proporcionalidad:

Señala, en primer lugar, GESTERNOVA que no puede valorarse el dolo a los efectos de graduación de la sanción, porque el mismo se valora ya a los efectos de justificar la culpabilidad.

Ello no es así. La culpabilidad ha de concurrir en todo procedimiento sancionador, pero puede concurrir a título de dolo o de negligencia, y esa diferencia es susceptible de valoración al graduar, tal y como prevé el artículo 67.4.e) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, al enunciar las circunstancias que se han de ponderar para graduar (“La intencionalidad en la comisión de la infracción”), y, en el mismo sentido, el artículo 29.3.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (“El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad”).

En segundo lugar, señala GESTERNOVA que se ha de valorar que no ha habido perjuicio al mercado.

Sin embargo, no es cierto que no haya perjuicio al mercado. Como se ha ido comentando, hay dos lesiones al mercado: una consiste en imposibilitar o dificultar a otros agentes a los efectos de poder presentar sus ofertas; la otra consiste en generar un mal funcionamiento del sistema de procesado de ofertas, ralentizando el sistema y originando el retardo en el procesado de las operaciones.

En tercer lugar, alega GESTERNOVA que la falta de previsibilidad de una sanción (derivado del supuesto carácter atípico de su conducta) debería justificar una sanción más baja.

No obstante, la conducta no ofrece duda sobre su carácter malicioso como manipulación. Es de destacar, además, que, en este caso, aparte de concurrir el dolo propio de toda manipulación, GESTERNOVA, como ya expuso la propuesta de resolución, era consciente de las advertencias que le hacía OMIE de que debía abstenerse de continuar con su conducta, pese a las que el imputado persistió en la misma.

SÉPTIMO. Sanción aplicable a la infracción cometida.

En relación con la cuantía de la sanción a imponer por la comisión de una infracción grave, el artículo 67 de la Ley 24/2013 establece las siguientes reglas:

«1. Las infracciones establecidas en el capítulo I de este título serán sancionadas del modo siguiente:

[...]

b) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros.

[...]

2. En cualquier caso, la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa, según los casos.

3. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o si atendida la situación económica del infractor, en razón de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada, el órgano sancionador podrá determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.»

Respecto de los criterios de graduación que deben tomarse en consideración, el citado artículo dispone que:

«4. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.

- b) La importancia del daño o deterioro causado.*
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.*
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.*
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.*
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.*
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.»*

A la vista de la gravedad de las circunstancias reseñadas en los hechos probados, ha de indicarse que no es de aplicación lo previsto en el citado artículo 67.3 la Ley 24/2013, en cuanto permite determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase de infracción que preceda en gravedad, debiendo imponerse una sanción en la escala correspondiente a las infracciones graves.

En este mismo sentido, la calificación de la actuación como dolosa, el beneficio del agente superior a los seis millones de euros en el periodo de análisis efectuado, el perjuicio ocasionado al mercado que fue indicado por otros agentes, el mantenimiento durante más de dos meses del comportamiento infractor, a pesar de las advertencias de OMIE, y la propia gravedad de la infracción tipificada -manipulación de mercado-, justifican la imposición de la multa en su grado máximo, de acuerdo con lo propuesto por el órgano instructor, es decir, 6.000.000 de euros, sin que concurra ninguna circunstancia atenuante para rebajar la sanción.

A ello no obsta el límite establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013 del 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, puesto que de conformidad con las cuentas depositadas del ejercicio 2022, dicha cantidad asciende a 71.004.932,30 euros, de forma que la sanción indicada no supone ni siquiera llega al 1% de la cifra de negocios de GESTERNOVA.

Valorada así la indicada concurrencia de las circunstancias agravantes de las contempladas en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, considerado el principio de

proporcionalidad, visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en los hechos probados, procede sancionar a GESTERNOVA con una multa de 6.000.000 euros, máxima posible para una infracción grave, pero que representa menos del 1% de la cifra de negocios de la citada mercantil.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria

RESUELVE

PRIMERO. - Declarar que la sociedad GESTERNOVA, S.A., es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su comportamiento reflejado en los hechos probados de esta resolución, relativos a una manipulación del mercado intradiario continuo.

SEGUNDO. - Imponer a la sociedad GESTERNOVA, S.A., una sanción consistente en el pago de una multa de seis millones (6.000.000) de euros por la comisión de la citada infracción grave.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado (GESTERNOVA, S.A.).

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Voto particular que formula el consejero Don Carlos Aguilar Paredes a la resolución SNC/DE/019/23

- (1) En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, formulo el presente voto particular.
- (2) Su objeto es manifestar su opinión concurrente respecto a la infracción tipificada y sancionada, pero manifestar la discrepancia como no la inclusión en la resolución sanciones accesorias y otras sanciones contempladas en los artículos 68 y 69 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico a fin de que la sanción impuesta en su conjunto resulte proporcionada a la infracción cometida y disuasoria.

Sobre la imposición de sanciones accesorias y otras medidas

- (3) La manipulación del mercado ideada y realizada por GESTERNOVA mediante la utilización de robots cuya actuación consistió en la introducción deliberada de ofertas no legítimas con la intención de alterar en beneficio propio el funcionamiento del algoritmo de casación, refleja la sofisticación de los comportamientos que algunos agentes desarrollaron para obtener beneficios ignorando las reglas del mercado y las advertencias del gestor del mercado.
- (4) La infracción de las reglas del mercado sancionada no ha sido un elemento puntual ni involuntario, sino que ha sido declarada típica antijurídica y dolosa, apreciación con la coincide plenamente este Consejero.
- (5) La realidad es que la amplísima casuística de comportamientos que permite la utilización de robots en la introducción de ofertas en el mercado eléctrico multiplica el tiempo y los recursos necesarios para identificar, constatar, solventar y sancionar los perjuicios causados por los agentes que contravienen voluntariamente las reglas del mercado.
- (6) Pese a ello, la tipificación de este comportamiento como infracción grave limita a la sanción económica máxima que puede serles impuesta a 6 millones de euros, en un mercado que diariamente gestiona ofertas de agentes que pueden llegar a ser ordenes de magnitud superiores a esta cantidad.

- (7) La resolución determina que los beneficios sobre el precio medio del mercado obtenidos por GESTERNOVA mediante la manipulación sancionada fueron superiores a la multa máxima estipulada para las infracciones graves. Como recoge la resolución:

“del análisis de las transacciones de venta sobre el producto D+1, con periodo de entrega comprendido entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022, ejecutadas por GESTERNOVA en las sesiones de negociación del MIC objeto de investigación, sumándose solo las transacciones realizadas en los dos primeros minutos de apertura de la negociación en la interconexión (entre las 22:00 y las 22:02 horas) y solo en las horas en las que la interconexión estaba totalmente ocupada en sentido exportación en el PDBF, se concluye que GESTERNOVA obtuvo un beneficio sobre el precio medio del mercado diario de 6.830.717,38 € (véase el Informe SMD, folios 317 y ss).”

- (8) En el caso sancionado los ingresos obtenidos mediante la alteración provocada en el mercado fueron además (como es lógico) superiores a este beneficio estimado sobre el precio medio del mercado diario, siendo el valor de las transacciones capturadas mediante el procedimiento empleado de [CONFIDENCIAL] € .
- (9) Esta cantidad fue dejada de percibir por otros agentes que legítimamente habían participado en el mercado, pero se vieron desplazados por la operativa realizada por GESTERNOVA.
- (10) Debe remarcar el incentivo que supone para el infractor persistir en su actuación infractora pese a los avisos recibidos con el objetivo de obtener ingresos superiores a los 6 millones de euros, dado que la sanción impuesta será inferior en ese caso al ingreso obtenido. Las reglas de operación del operador del mercado en los casos en los que se detectan comportamientos anormales establecen el lanzamiento de advertencias al agente para informarle de su comportamiento anormal. No es hasta la reiteración de este comportamiento que se produce la inhabilitación del robot que introduce las ofertas, que no del agente. Esto supone, que comportamientos como el sancionado, pese a ser presumiblemente infractores no son bloqueados de forma inmediata, y en última instancia comportan la inhabilitación del robot con el que se lanzan las ofertas, pero en ningún caso supone la inhabilitación del agente para operar.
- (11) En consecuencia, entre la detección, advertencia, diálogo con el agente, reiteración y finalmente inhabilitación del robot del agente, transcurren periodos de tiempo largos, que posibilitan a los agentes infractores seguir

operando de forma fraudulenta y consiguientemente acumular ingresos que en este caso duplicaron la cuantía máxima de la sanción económica que se les puede imponer.

(12) Contempla la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico en sus artículos 68 y 69 la posibilidad de imponer sanciones accesorias y otras medidas ante la comisión de infracciones graves como la que se declara cometida por GESTERNOVA. En casos como el presente, resulta imprescindible la imposición de estas medidas por por varios motivos. En concreto:

- Restituir a los agentes que se vieron perjudicados por las actuaciones fraudulentas de GESTERNOVA.
- Conseguir que las obligaciones económicas impuestas mediante la sanción impidan que el agente sancionado obtenga tras el pago de la multa máxima beneficios como consecuencia de su comportamiento fraudulento.
- Actuar como elemento disuasorio para impedir la reiteración de los comportamientos sancionados.
-

(13) Debería por ello la resolución a juicio de este Consejero declarar la obligación de GESTERNOVA de identificar e indemnizar a los agentes que se vieron desplazados en el procedimiento de casación, en aplicación del artículo 69.2 de la LSE.

(14) Debería igualmente la resolución dictada proponer la inhabilitación de GESTERNOVA para operar en el ámbito del sector eléctrico en el que ha cometido la infracción cuando menos por un tiempo igual al que persistió en su comportamiento infractor, en aplicación del artículo 68.2 de la LSE.

A tal efecto emito mi voto particular.